

ORIENTAÇÃO N.º 169/2023

TCESP: INCOMPATÍVEL O JULGAMENTO DE TÉCNICA PARA A CONTRATAÇÃO DE GESTÃO DE CARTÃO ALIMENTAÇÃO/REFEIÇÃO

Orientação

O critério de julgamento é o mecanismo indicado em edital de licitação, dentre as hipóteses autorizadas em lei, que apontará a melhor proposta. Pela Nova Lei de Licitações, o julgamento poderá ser guiado, por exemplo, pela busca do “menor preço”, apuração da melhor “técnica combinada com preços”, ou pelo “maior desconto”, tudo dependerá do objeto e da modalidade adotada em cada caso. Para simplificar, cita-se o art. 33, da Nova Lei de Licitações, que elenca os critérios julgamento disponíveis:

Art. 33. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios:

- I - menor preço;
- II - maior desconto;
- III - melhor técnica ou conteúdo artístico;
- IV - técnica e preço;
- V - maior lance, no caso de leilão;
- VI - maior retorno econômico.

Marçal Justen Filho¹ doutrina a diferença entre os dois tipos de licitação [melhor técnica e técnica e preço], inclusive seus benefícios:

As licitações de melhor técnica ou de técnica e preço são adequadas nas hipóteses em que a Administração somente pode ser satisfeita mediante a prestação dotada de maior técnica possível. A licitação de menor preço é a solução apropriada quando o interesse da Administração pode ser atendido mediante uma prestação dotada de qualidade técnica mínima, desde que atendidos os requisitos necessários.

Já na Lei Federal nº 8.666/93, em seu art. 46, *caput*, havia previsão de que os critérios “melhor técnica” ou “técnica e preço” deveriam ser adotados somente para serviços de natureza intelectual:

Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.

¹JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed.-São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014.

Na Lei Federal nº 14.133/21, a compreensão inicial sobre o julgamento “técnica e preço” pode ser obtida da leitura do art. 36, §1º:

Art. 36. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta.

§ 1º O critério de julgamento de que trata o **caput** deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de:

I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado;

II - serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação;

III - bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação;

IV - obras e serviços especiais de engenharia;

V - objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação.

Há, ainda, exemplificação no art. 6º, inciso XVIII, da NLL, de quais são os serviços técnicos especializados com natureza predominantemente intelectual:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XVIII - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual: aqueles realizados em trabalhos relativos a:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias e consultorias técnicas e auditorias financeiras e tributárias;
- d) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
- h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição deste inciso;

TCE/SP: TÉCNICA E PREÇOS X CARTÃO ALIMENTAÇÃO/REFEIÇÃO

Com essa compreensão sobre os critérios de julgamento e com os devidos destaques as previsões legais sobre o critério “técnica e preços”, do regime licitatório de 1993 e do de 2021, importa destacar que, em decisão recente, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo entendeu que os serviços de gerenciamento de cartão alimentação/refeição não são predominantemente intelectuais, e isso leva a compreensão de que, em regra, estes serviços não podem ser licitados através do critério “técnica e preços”.

Na decisão proferida pelo TCE/SP, ficou entendido:

000601.989.23-9 e outros(Sessão Plenária de 08/02/2023. Relatoria: Conselheiro Robson Marinho)²
EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. GERENCIAMENTO DE CARTÕES ALIMENTAÇÃO/REFEIÇÃO. NÃO CARACTERIZADA A NATUREZA PREDOMINANTEMENTE INTELLECTUAL DO OBJETO. INDEVIDA ADOÇÃO DO TIPO MENOR PREÇO. PRÉVIA INDICAÇÃO DE REDE CREDENCIADA. AUSÊNCIA DE CLAREZA NOS CRITÉRIOS DE REPASSE E PAGAMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. ANULAÇÃO. Nota CPAJ: Em seu voto, o e. Relator destacou que “o objeto do certame não se reveste de natureza predominantemente intelectual, tampouco comporta complexidade (“tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito”) suficiente a autorizar o uso de licitação do tipo “técnica e preço”, nos termos do artigo 46, “caput” e §3º da Lei nº 8.666/93”.

Desta forma, compreende-se que o objeto: “contratação de gerenciamento de vale-refeição/alimentação” não pode ser compreendido, segundo o TCE/SP, como objeto predominantemente intelectual ou de complexidade suficiente que justifique a opção pelo critério “técnica e preços”. Isso leva a uma ideia de que, por exclusão, seria o caso de se utilizar o critério “menor preço”, revestido no caso de “menor taxa de administração”, como eram realizadas licitações do gênero em um passado recente.

Essa posição, de impossibilidade de se utilizar o critério “técnica e preços” no objeto gerenciamento de cartão alimentação/refeição, já vinha sendo compartilhada pela GEPAM, pelas mesmas razões expostas pelo Tribunal, a dificuldade de se visualizar predominância intelectual ou complexidade nos serviços.

Acontece que, recentes alterações em normas trabalhistas acabaram afetando a prática de taxas negativas em licitações. Taxas negativas que eram a regra em certames do objeto “gerenciamento de vale alimentação”, isso tem causado entraves nos certames pois todas as propostas se limitam à taxa zero, levando a licitação a ser resolvida pelos critérios de desempate, que nem sempre são suficientes, a não ser que haja critério final, como sorteio, por exemplo, alternativa que tem ganhado espaço.

² Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/boletim-de-jurisprudencia/boletim> Acesso em 26 de maio de 2023.

Outra hipótese tem sido a realização de credenciamento, situação já debatida na Orientação Preventiva da GEPAM nº 127/2022, e que está sendo avaliada pelo TCE/SP, embora já tenha sido apontada pelo TCU como possível solução ao problema decorrente da vedação das taxas negativas.

Conclusão

Ante o exposto, S.M.J., conclui-se que o TCE/SP tem entendido pela inadequação do critério “técnica e preços” ao objeto “gerenciamento de cartão alimentação/refeição”, tendo em vista que, para o Tribunal, não se tratam de serviços com predominância intelectual ou complexidade, reduzindo as alternativas técnicas para licitar tal objeto.

Adamantina/SP, 26 de maio de 2023.

Leonardo Vieira de Souza

Consultor Responsável pela Elaboração

José Carlos Pacheco de Almeida

Responsável pela Revisão e Aprovação